Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La formation des contrats par des moyens électroniques

Amory, Bernard; Schauss, Marc

Published in:
Droit de l'informatique

Publication date:
1987

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Amory, B & Schauss, M 1987, 'La formation des contrats par des moyens électroniques', *Droit de l'informatique* , numéro 4, pp. 206-215.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 27. Nov. 2024

La formation de contrats par des moyens électroniques

B. AMORY et M. SCHAUSS

Les auteurs:
Bernard AMORY est conseiller juridique au cabinet Dechert, Price and Rhoads (Bruxelles). Il est également assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur.
Marc SCHAUSS est assistant au Centre de Recherches Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur.

Résumé:
Les échanges de messages par des moyens électroniques aux fins de conclure des contrats se font de plus en plus nombreux. L'éloignement des parties et les techniques utilisées soulèvent certaines questions. Le présent article examine certaines d'entre elles liées à la formation des contrats. Quels contrats sont susceptibles d'être valablement conclus par les nouveaux moyens de communication? Ces moyens permettent-ils un consentement réfléchi et éclairé? Qu'en est-il des règles de protection des consommateurs?

1. Introduction

De plus en plus, les moyens électroniques de communication (télex, télétex, téléfax, télématique) sont utilisés dans la vie des affaires, notamment pour la négociation et la conclusion de contrats. Surtout utilisés par les commerçants dans les relations avec leurs pairs, ils commencent dans certains pays (surtout en France) à connaître un essor dans les relations entre commerçants et consommateurs (ex. Télémarket, La Redoute, Les Trois Suisses, Camif, Porte Blanche, Club 403, Quelle, etc.), devenant ainsi une nouvelle forme de distribution.
L'utilisation dans la négociation et la conclusion de contrats du medium télématique par exemple, constitue le prolongement naturel de l'informatisation des entreprises à des fins internes. L'outil télématique permet, sous le bénéfice d'un dispositif de lecture *ad hoc* et des connexions nécessaires, de supprimer la saisie manuelle des données utilisées par l'entreprise dans un traitement informatique. Concrètement, ce procédé permet l'automatisation du processus de prise de commande et l'utilisation des informations qui en découlent pour une gestion des stocks informatisée sans saisie manuelle des données. Cette innovation représente pour l'entreprise un gain de temps et d'argent et une diminution des erreurs de saisie. La vente à domicile par télématique ('home shopping') est certainement un bon exemple d'exploitation de cet avantage. En outre, la dématérialisation du processus contractuel entraîne une diminution des frais de classement, de stockage et de manipulation des documents.

Pour les entreprises de 'home shopping', le principal intérêt de cette nouvelle forme de distribution est d'ordre organisationnel (gestion des commandes, suppression des points de vente, des risques de vol et des opérations d'étiquetage des prix). Le consommateur y trouve aussi son intérêt notamment dans la suppression de ses déplacements (représentant un gain de temps et d'argent, le confort du 'chez-soi' et moins d'énervement) et la possibilité de faire ses achats après journée.[1]
Malgré les nombreux avantages du 'home shopping', il semble qu'il faille être réservé quant au développement de ce type de vente. En effet, le défaut de contact du consommateur avec le produit est un frein dirimant à la vente de certains produits. De plus, 'faire ses courses' est une activité sociale et récréative nécessaire à beaucoup de personnes. Il semble par contre, que la conclusion de contrats par télématique entre commerçants soit appelée à se banaliser.
La conclusion de contrats par des moyens électroniques soulève des problèmes juridiques à différents niveaux: formation, preuve et exécution[2] du contrat, protection des données à caractère personnel[3], droit de la concurrence[4], droit européen[5], problèmes liés aux heures d'ouverture des points de vente.[6]
Le présent article examine certaines questions liées à la formation du contrat. Les questions liées à la preuve et à l'exécution du contrat ne seront abordées que dans la mesure où elles influent sur la formation du contrat.

2. Caractéristiques des nouveaux moyens de communication

Les nouveaux moyens de communication peuvent, d'un point de vue juridique, être considérés selon trois critères: le degré d'instantanéité, la qualité du dialogue et la sécurité de l'opération.

2.1. Le degré d'instantanéité

Ce critère est relevant dans plusieurs systèmes juridiques quant à la détermination du moment et du lieu de formation du contrat[7] et quant au moment jusqu'auquel l'acceptation à l'offre peut se manifester pour que se forme un contrat.[8]
Comme la visioconférence, la communication téléphonique est instantanée dans la mesure où elle se déroule directement entre personnes et non via un répondeur automatique.
Le degré d'instantanéité du telex et du téléfax dépend de la proximité physique du destinataire et de sa promptitude à répondre.
Quant au courrier électronique, le degré d'interactivité dépend des caractéristiques techniques du système. Généralement, les systèmes fonctionnent 'en différé'. Le message rédigé par l'émetteur est soumis à un système de traitement de message et envoyé à un ou plusieurs destinataires via la 'boîte aux lettres' de l'émetteur. Périodiquement, les messages stockés dans la boîte aux lettres de l'émetteur sont envoyés vers la boîte aux lettres du récepteur qui peut en prendre connaissance lorsqu'il se connecte à la machine. Certains systèmes sont pourvus d'un système de sonnerie avertissant le destinataire de l'arrivée d'un message dans sa 'boîte aux lettres' électronique. Lorsque les machines de l'émetteur et du récepteur ne sont pas reliées directement, le message doit transiter par les 'boîtes aux lettres' de

machines intermédiaires, lesquelles appartiennent au secteur public ou privé. La durée de transmission du message dépend de la fréquence de vidage des différentes 'boîtes aux lettres'.

2.2. Qualité du dialogue

Critère déterminant pour l'appréciation du consentement, la qualité du dialogue est fonction des canaux de communication mis en œuvre: signes, langue, gestes, silences, soupirs, intonations, images, etc.
La visioconférence permet la mise en œuvre de ces différents canaux. Le téléphone ne fonctionne que sur le registre de la parole. Le télex, le téléfax et le courrier électronique ne transmettent que des signes écrits. Dans les services de 'home shopping', le dialogue est généralement fermé et standardisé, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de s'écarter du 'dialogue' imposé par le fournisseur du service.

2.3. Sécurité

D'un point de vue juridique, la notion de sécurité se réfère à la possibilité d'authentifier l'identité de l'utilisateur du système et de garder des traces de la transaction pour valoir preuve.
Quant au premier point, la visioconférence offre presque autant de sécurité qu'une communication entre personnes physiquement présentes. Le téléphone permet de reconnaître l'interlocuteur à sa voix, ce qui suppose que les parties se connaissent suffisamment. Le télex présente certainement le plus de risques puisqu'il suffit à l'utilisateur de former un numéro d'appel. A la différence du télex, le téléfax permet de transmettre un fac-similé de signature. Télex et téléfax offrent peu de garanties au site d'arrivée du message si l'accès au site n'est pas protégé. Le courrier électronique quant à lui, offre généralement, par le biais d'un code secret, une garantie tant à l'émission qu'à la réception du message.
Concernant les traces de transmission du message attestant de l'existence et du contenu de celui-ci, le dialogue téléphonique et la visioconférence sont évanescents, sauf l'hypothèse de l'enregistrement du message. Le télex et le téléfax supposent l'établissement d'un écrit au site d'arrivée; le premier, à la différence du second, entraîne une modification de la forme originaire du message. Quant aux systèmes de courrier électronique, ils permettent l'enregistrement du message; en outre, le moment et les circuits par lesquels il a transité sont généralement renseignés.

3. Contrats pouvant être conclus par des moyens électroniques

Cette section identifie les contrats qui peuvent être valablement conclus par des moyens électroniques.
Il est clair que la nature du medium utilisé exclut la possibilité de conclure des *contrats réels* par des moyens électroniques puisque le contrat réel suppose la remise par une partie d'une chose matérielle, objet du contrat.
Autrefois exceptionnels dans la vie des affaires (ex.: hypothèque, paiement avec subrogation consentie par le débiteur), les *contrats solennels,* suite notamment au mouvement consumériste, sont aujourd'hui quotidiens. Ils représentent une part importante de l'activité des entreprises qui pratiquent le démarchage à domicile, 'vendent' des biens ou services par correspondance, offrent des facilités de crédit ou encore 'vendent' des biens ou services visés par des dispositions particulières. La 'vente' de ces biens ou services par des moyens électroniques, particulièrement par télématique, est techniquement possible. Il convient d'en examiner la validité juridique.
De prime abord, les contrats solennels ne sont pas susceptibles d'être conclus par des moyens électroniques. Il est évident que les formalités solennelles imposées pour certains contrats (ex. présence d'un officier public ou de témoins, apposition d'un cachet ou d'une signature) constituent des obstacles dirimants à leur conclusion par voie électronique.
Il n'est pas toujours aisé de savoir si la formalité est exigée à titre de solennité pour former le contrat, pour se préconstituer une preuve, pour assurer la publicité de l'opération ou encore pour permettre un contrôle.[9]
De nombreuses lois récentes exigent — du moins implicitement[10] — la rédaction d'un écrit. A supposer que la question de la nature de la formalité soit résolue, se pose celle de la possibilité de son accomplissement par des moyens électroniques. Pour certains contrats, le législateur a précisé que l'écrit devait être rédigé, en tout ou en partie, de la main d'un des contractants.[11] Dans ces hypothèses, la formation du contrat par des moyens électroniques nous semble exclue. Il est en effet généralement admis que l'intermédiaire entre la main et le support d'écriture ne peut consister en un appareil, à peine de perdre le caractère manuscrit. Mais, bien souvent, le législateur n'a pas précisé ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion d'écrit. Il est raisonnable de penser que le législateur a songé à un écrit sur support papier et même probablement à un écrit signé, mais il nous semble qu'il y ait place pour une interprétation plus souple tenant compte des raisons ayant déterminé le législateur à imposer la formalité.[12]
Ainsi, lorsque l'écrit imposé consiste en un formulaire destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation[13], il semble qu'une page écran servant de formulaire, rencontre le but assigné au formulaire.
Lorsque la formalité consiste en la délivrance par une partie d'un écrit aux fins d'informer l'autre partie, il semble que la communication des informations par téléfax ou par le biais d'une imprimante connectée à un réseau télématique, atteigne le but d'information voulu par le législateur.[14] A défaut d'imprimante chez le client, on peut se demander si l'affichage des informations à l'écran (dans le cas du 'home shopping' par exemple) peut être considéré comme étant un écrit au sens des dispositions concernées. Le but de la formalité étant d'informer la partie dont le législateur désire la protection, on pourrait soutenir, dans une vision consumériste, que la consultation télématique des informations prescrites n'atteint pas la protection voulue par le législateur, non pas tant en raison de l'inconfort à lire un écran cathodique mais parce que la consultation télématique entraîne des frais de communication qui risquent d'incliner la personne protégée à lire les informations trop rapidement et, dès lors, de limiter son information.[15] Toutefois, la charge des frais de l'information repose toujours sur le client, que ce soit directement comme dans l'hypothèse d'une consultation télématique (à supposer que ces coûts soient réels) ou indirectement, par le biais de l'intégration des coûts dans le prix de vente. Aussi ne nous semble-t-il pas qu'il faille raisonner en ces termes. D'autre part, les

méthodes de commercialisation par des moyens électroniques permettent une réduction de coût que le commerçant peut répercuter dans ses prix. Il appartient au client de pondérer les inconvénients et les avantages de l'acquisition de biens ou services par ces moyens.
Abstraction faite de l'argument du coût de l'information par la consultation télématique, il nous semble que le but d'information peut raisonnablement être atteint par la communication électronique des renseignements à fournir. Si la notion d'écrit n'est pas définie par la loi, il n'y a pas lieu de réduire l'acception du terme aux seuls écrits dont le support est le papier.[16]
En conclusion, sous réserve des — nombreuses — restrictions inhérentes aux contrats réels et solennels, les contrats peuvent être conclus par l'intermédiaire de moyens de communication électroniques. Toutefois, les parties qui envisagent de conclure un contrat par des moyens électroniques devraient faire attention à certaines difficultés discutées *infra* 7.

4. Questions liées à la capacité

La capacité est une condition de validité du contrat (article 1108 du code civil). Dans la formation de contrat à distance, il existe un risque de voir des incapables, particulièrement des mineurs, tenter de conclure un contrat. Certains moyens de communication à distance permettent dans certains cas, de suspecter que le consentement est donné par un mineur (téléphone, correspondance manuscrite).[17] D'autres au contraire ne le permettent pas (correspondance imprimée, message télématique, télex, ...). L'accès à plusieurs de ces derniers procédés implique généralement la formation d'un code d'accès dont l'obtention par un mineur devrait en principe être malaisée.
A supposer que le mineur ait malgré les précautions techniques, réussi à passer un contrat, l'insécurité liée à la possibilité de l'annulation du contrat est tempérée par la reconnaissance par la jurisprudence et la doctrine de la validité des contrats passés par le mineur dans le cadre d'*actes de la vie courante*.
Enfin, le risque d'annulation de contrats pour non capacité d'un contractant est tempéré par la difficulté qu'il y a de *prouver* que le contrat a été conclu par un mineur et par la présomption que les tribunaux font peser sur les parents, de l'existence d'un mandat par eux donné à leur enfant.[18][19]

5. Questions liées au consentement

L'éloignement des parties n'affecte en rien le principe de la possibilité de leur consentement mais présente par contre le risque accru d'une discordance entre les représentations respectives que se font les parties de l'objet de leur consentement. Ce risque est notamment fonction de la qualité du dialogue que permet le moyen de communication utilisé, de son degré de sécurité, de la qualité de la transmission des messages et du caractère plus ou moins malaisé de manipuler les appareils électroniques.

5.1. Existence du consentement

Le consentement étant une condition de validité du contrat, il doit *exister*. Il est de principe qu'on ne peut être tenu pour un contrat auquel on n'a pas consenti. Cependant, par le jeu de la théorie de l'apparence, le titulaire d'un terminal pourra dans certains cas être tenu pour des contrats auxquels il n'a pas consenti. Cette question sera étudiée *infra* 7.

5.2. Principe de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée

En cas de discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée des parties (suite à une erreur de manipulation par un contractant ou à une altération du message lors de sa transmission), la solution au problème sera à chercher dans le principe consacré par les systèmes juridiques français et belge de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée (article 1156 du code civil). Ces hypothèses devraient être marginales particulièrement dans les services de 'home shopping' où les risques d'erreur de manipulation sont parfois — partiellement — prévenus par des *dispositifs techniques* tels que des systèmes 'd'écho' consistant en la vérification de la volonté de l'émetteur du message par la demande de confirmation de celui-ci avant son envoi[20] et des contraintes d'intégrité excluant les hypothèses fantaisistes (ex.: refus d'une commande de 10.000 bouteilles de vin).
Conformément au principe, en cas d'erreur de manipulation, la partie qui se prévaut de la discordance pourra voir consacrée sa volonté réelle à charge pour elle de la prouver[21] et sauf faute (maladresse ou négligence) de sa part, auquel cas, elle pourra être tenue au contrat.[22] La théorie de l'erreur pourrait être alléguée au bénéfice de la victime de la discordance. Dans le cas des services de 'home shopping', la victime sera généralement le client dont la protection par les dispositifs d'écho devrait l'exclure du bénéfice de l'annulation du contrat pour erreur, car celle-ci devrait être qualifiée d'erreur inexcusable.[23] Lorsque la discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée est imputable à une erreur de transmission, à l'inverse des systèmes de droit allemand et italien, les conséquences de l'erreur ne reposent pas sur le déclarant dont le message a été altéré, pourvu qu'il puisse prouver sa volonté réelle.[24]
Un recours contre le transporteur est évidemment ouvert aux parties lésées, mais ce recours risque de se heurter contre l'exclusion de responsabilité dont il bénéficie de par la loi.[25] Ces règles devraient s'appliquer *mutatis mutandis* en cas d'altération du message suite à l'intervention d'un fraudeur. Dans ce cas, la partie lésée a un recours contre le fraudeur, à supposer qu'il soit identifié.[26]

5.3. Qualité du consentement

Le consentement doit être *réfléchi et éclairé*. En raison du caractère sommaire et standardisé du dialogue dans certains services de 'home shopping', le consentement du client pourrait être insuffisamment éclairé. Du fait de la rapidité du processus contractuel télématique, le consentement pourrait être insuffisamment réfléchi. Ces hypothèses ouvrent naturellement la voie à une action en annulation du contrat pour vice du consentement, généralement pour erreur.[27] Pour obtenir l'annulation du contrat, la partie qui se prévaut de l'erreur devra démontrer qu'elle a cru que la chose présentait une qualité qu'elle n'a pas en réalité et que

la croyance de la présence de cette qualité a déterminé son consentement.[28] Dans certains rapports inégalitaires, afin de prévenir le risque d'un consentement insuffisamment éclairé, la jurisprudence a dégagé une *obligation précontractuelle de renseignement* à charge de la partie *a priori* la mieux informée. Cette obligation devant être exécutée lors du processus contractuel, la question se pose de savoir si elle est réalisable par le biais de media électroniques.
Suivant les cas, l'obligation précontractuelle de renseignement consiste tantôt en la fourniture d'une information objective sur l'objet du contrat, c'est-à-dire abstraction faite des besoins du cocontractant, tantôt en une obligation de mise en garde ou de conseil prenant en compte les besoins personnels du cocontractant. S'il est clair que l'éloignement des parties complique l'exécution de l'*obligation de fourniture d'information* (impossibilité de voir l'objet en grandeur nature, sous un éclairage normal, impossibilité de le toucher, de le sentir, de l'essayer, ...), il n'exclut cependant pas la possibilité de son exécution. Certains procédés électroniques de communication offrent à cet égard plus de possibilités que le support papier. Suivant la technique utilisée, le cocontractant peut obtenir des informations sous forme de texte, d'images statiques ou dynamiques ou de messages sonores. On peut raisonnablement penser qu'à l'avenir, les conditions d'exécution de l'obligation précontractuelle d'information s'amélioreront considérablement, notamment avec le développement de réseaux RNIS et des messageries multi-medias. Quant à la possibilité de l'exécution de l'*obligation de mise en garde et surtout de conseil,* dans l'état actuel des services télématiques grand-public, il est clair que la standardisation des dialogues s'accommode mal d'une personnalisation de l'information en fonction de l'instruction et des besoins du consommateur. En pratique, la question se résoud par le fait que de nombreuses maisons de vente par télématique accordent d'initiative la faculté de renvoyer le produit commandé en cas d'insatisfaction du client.[29]

5.4. Qualité des consentants

A l'exception des contrats réels et solennels dont la formation par des moyens électroniques soulève des difficultés (voir *supra*), le contrat se forme lors de la rencontre des consentements des parties, c'est-à-dire lorsqu'une personne (5.4.1.) accepte les termes d'une offre à lui adressée. Afin de déterminer la portée de leurs actes, il importe de savoir en quelle qualité les parties agissent. Agissent-elles en tant qu'offrant ou acceptant (5.4.2.)?

5.4.1. Des personnes

L'article 1101 du code civil définit le contrat comme une 'convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.' Le contrat est la rencontre de consentements exprimés par des personnes. Que penser dès lors des contrats passés par des machines (dans le cas du 'home shopping' par exemple, la volonté du vendeur n'est pas exprimée autrement que par l'intermédiaire d'une machine)? L'hypothèse n'est pas différente de celle des distributeurs automatiques placés sur la voie publique. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont eu de peine à admettre la possibilité de l'accomplissement d'actes juridiques par le biais d'une machine. C'est que celle-ci est entièrement asservie à la volonté de son détenteur et qu'elle n'est que l'agent d'une volonté humaine. Cette solution devrait également être retenue pour les hypothèses inconnues actuellement de la pratique mais néanmoins envisageables, de contrats passés par des systèmes experts. On peut en effet imaginer des systèmes experts couplés à un réseau de télécommunications, qui donneraient des ordres d'achat ou de vente de devises en lieu et place d'arbitragistes humains moins rapides. Dans cette hypothèse, il n'est pas aisé de faire le partage de l'asservissement de la machine à la volonté de l'homme ou de la volonté de l'homme à la machine, en raison de la multitude des paramètres pris en considération par le système et de la puissance 'intellectuelle' de celui-ci. Il reste néanmoins que la machine est guidée par une pensée finalisante extérieure à elle, dont elle dépend. Du reste, on peut penser que le choix par une personne d'un système qui passerait des contrats, comme le choix de préposés ayant des responsabilités similaires, est la marque de l'appropriation du contrat par le 'commettant'. L'écran électronique entre les contractants ne devrait donc pas faire obstacle à la conclusion de contrats selon le scénario évoqué.

5.4.2. Offrant-acceptant

Cette question renvoie à celle de la définition de l'offre. L'*offre* est une déclaration unilatérale de volonté par laquelle une personne (l'offrant) fait connaître à une ou plusieurs autres personnes son intention de conclure un contrat et les conditions essentielles de celui-ci.[30]
Outre la question de la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat, l'intérêt de la notion réside dans les effets juridiques qui y sont liés. Bien que l'offre ne lie en principe pas son auteur[31], la jurisprudence, afin d'assurer la sécurité des affaires, a fortement tempéré le principe en déclarant l'offrant tenu de maintenir l'offre parvenue à son destinataire pendant une certaine période — fixée par le pollicitant dans son offre ou à défaut, durant un délai normal eu égard aux circonstances.[32]
La déclaration de volonté n'est constitutive d'une offre au sens juridique, que si elle exprime la volonté de l'offrant de conclure un contrat et si elle est précise, ferme et non équivoque.[33] L'offre n'est assortie d'aucune condition de forme.[34] Elle peut être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public.[35] Pourvu que les conditions soient réunies, une offre communiquée par télex, par téléfax ou par télématique constitue une offre au sens juridique.
Les pages servant de bon de commande et les catalogues — sur support papier ou électronique, peu importe — dans les services de 'home shopping' constituent-ils des offres au sens juridique du terme? Selon les vendeurs par télématique soucieux de se prémunir contre les conséquences d'une rupture de stock[36] et la doctrine allemande unanime, le vendeur ne se comporte pas en offrant mais invite seulement l'interlocuteur à entrer en pourparlers.[37] D'après cette doctrine, le vendeur ne voudrait pas être lié sans avoir pu contrôler l'état de son stock et la solvabilité du client. A cette considération, on objectera que, dans les systèmes juridiques français et belge du moins, l'offrant a la possibilité d'assortir son offre de réserves.[38] On observera également que l'électronique facilite ces contrôles. En outre, le postulat selon lequel le vendeur ne désire certainement pas s'engager sans avoir pu contrôler son stock et la solvabilité du client est probablement contraire à la psychologie des contractants.[39]
Il ne peut être répondu de manière tranchée à la question

de la qualification d'offre. L'exigence de précision n'est pas des plus claires. Les critères dégagés par la jurisprudence et la doctrine en matière de catalogues fournissent de précieuses indications. Sauf pour les contrats où l'*intuitus personae* est à prendre en considération, lorsque le prix et les autres conditions essentielles des prestations proposées sont indiqués avec précision[40] et sauf les hypothèses où la volonté du proposant est de ne pas se comporter comme un pollicitant (mentions 'sans engagement', 'sauf confirmation', ...), les catalogues constituent en principe des offres au public.[41] En bref, il convient d'examiner les circonstances propres à chaque proposition de contrat pour la qualifier d'offre au sens juridique.

5.5. Détermination du moment et du lieu de la rencontre des consentements

La détermination du lieu de l'offre et de l'acceptation pose problème lorsque les parties ne sont pas physiquement présentes et la détermination du moment est problématique lorsque l'échange des consentements se déroule dans la durée. La conclusion de contrats par des moyens électroniques se fait toujours entre absents quant au lieu et parfois quant au temps.
On connaît l'intérêt pratique considérable de la détermination du moment et du lieu de la formation du contrat. Le moment est déterminant pour apprécier la capacité, la loi applicable, le transfert de propriété et de la charge des risques et le prix de la marchandise lorsque celui-ci est fixé d'après le marché. La question du lieu commande la détermination de la loi applicable, la juridiction compétente et les usages auxquels il y a éventuellement lieu de se référer.
Plusieurs théories ont été proposées et il semble qu'aucune jurisprudence ferme ne soit établie. Ces théories sont bien connues.[42] La jurisprudence ne semble pas privilégier un seul système. De leur transposition au medium télématique, il résulte des théories sur le lieu et le moment du contrat que celui-ci est formé lors de la rédaction du message par la manipulation du clavier (système de la déclaration), lorsqu'est actionnée la commande d'envoi du message (exemple, la touche RETURN) (système de l'expédition), lors de l'enregistrement du message dans la 'boîte aux lettres' électronique (système de la réception) ou lors de la prise de connaissance du message par le destinataire (système de l'information).
La nature du moyen de communication ne remet pas en cause les théories évoquées mais conditionne les possibilités de preuve du moment et du lieu du contrat. A cet égard, le téléfax soulève les mêmes difficultés que le courrier postal, sous réserve des plis recommandés; la visioconférence ressemble à la conclusion de contrats entre personnes physiquement présentes, sous réserve de l'impossibilité dans la première hypothèse de l'établissement d'un écrit; le courrier électronique enfin, offre des éléments de preuve sous forme d'enregistrements magnétiques.

5.6. Contenu du consentement

La question — non spécifique — qui se pose en rapport avec le contenu du consentement exprimé par un moyen électronique est celle relative aux conditions contractuelles générales. On sait que la jurisprudence subordonne leur opposabilité à leur connaissance effective. Des critères de typographie, d'emplacement, de langue ont été dégagés par la jurisprudence à cet égard.

Lorsque les conditions générales ont été délivrées sur support papier préalablement à la conclusion du contrat, il n'y a aucune difficulté à les considérer comme opposables à l'adhérent. Par contre, leur communication par des moyens électroniques et sans support papier est plus problématique.
On pourrait en effet alléguer que la lecture d'un écran est fastidieuse[43], que les caractères sont petits, que la couleur ou la luminosité les rend peu apparents, qu'elle implique des frais de communication ou encore que leur relecture est moins aisée. Tout dépendra des circonstances. L'argument du coût ne nous semble pas déterminant (v. *supra* 3). Il nous semble que la diffusion électronique des informations répondant aux critères de lisibilité, d'emplacement, de langue ainsi qu'une présentation propre à attirer l'attention du client devraient pouvoir satisfaire aux critères jurisprudentiels.[44]

6. Problèmes particuliers relatifs au droit de la consommation

Les dispositions réglementant la *vente par correspondance* ont une vocation naturelle à s'appliquer à la vente par des moyens électroniques lorsque le client appartient à la catégorie de personnes visée par ces dispositions. La vente par des moyens électroniques est en effet bien le résultat d'un échange de correspondance dont le support se distingue du papier (sauf imprimante). Le critère du support est indifférent dès lors que les dangers sont identiques: la légèreté à conclure un contrat par une correspondance scripturale ne peut qu'être renforcé par un medium qui n'exige même pas l'effort d'écrire.
Certains textes subordonnent leur application à l'adhésion écrite du consommateur.[45] Nous reprenons notre raisonnement sur les contrats solennels (v. *supra* 3): sauf si le législateur a précisé la notion d'écrit en la subordonnant à un support non compatible avec les media électroniques, il nous semble qu'il n'y a pas lieu de la limiter à un quelconque support, par exemple le support papier. Cette lecture du texte ne nous semble pas contrevenir au principe de l'interprétation stricte qu'il y a lieu d'observer dans cette matière.[46]
Certains critères rapprochent les services de 'home shopping' du démarchage à domicile (ingérence dans le cercle familial, empressement, ...). On peut s'interroger sur l'applicabilité des dispositions relatives aux *contrats conclus en dehors de l'entreprise du vendeur*[47] dans le cas de contrats conclus par des consommateurs par des moyens électroniques, particulièrement par télématique. Selon un arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam, la vente par téléphone entre dans le champ d'application de la législation néerlandaise sur les ventes à domicile.[48] La solution pourrait-elle être transposée à la vente par télématique? La directive européenne du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux[49] est-elle applicable à la vente par télématique?
A la première question, nous répondrons par la négative.[50] Les dispositions sur le démarchage à domicile sont en effet motivées par le souci de prévenir les conséquences fâcheuses qui pourraient résulter de l'empressement du consommateur dans la conclusion de contrats proposés chez lui par

des vendeurs rompus aux méthodes de vente agressives. Ce que le législateur redoute, c'est que dans la quiétude du foyer familial, un vendeur, par agacement ou par persuasion, n'arrache un contrat non sollicité par le consommateur que celui-ci regretterait aussitôt. Si, en raison de la présence non désirée du vendeur et de sa faconde, la transposition se justifie dans le cas de la vente par téléphone, il nous semble que les dangers redoutés par le législateur sont absents dans la vente par télématique. Cette affirmation nous amène à répondre négativement à la seconde question.

Il nous semble que la directive du 20 décembre 1985 est inapplicable aux contrats conclus par télématique. En effet, l'article 1 dispose que la directive ne s'applique qu'aux contrats conclus pendant une excursion organisée chez un marchand en dehors de ses établissements (ce qui n'est certainement pas le cas dans le cas de la vente par télématique) ou pendant une visite par le marchand au foyer ou au lieu de travail du consommateur, lorsque la visite n'a pas été demandée expressément par le consommateur. A considérer que l'on puisse assimiler le processus de commande par télématique à la visite d'un marchand, il reste que la nature du medium télématique implique une démarche consciente du consommateur excluant l'hypothèse d'une 'visite' non désirée du vendeur. De plus, les considérants de la directive se réfèrent à certains critères dont notamment celui de l'auteur de l'initiative des négociations (on a vu qu'il ne peut s'agir du commerçant) et celui de l'impossibilité pour le consommateur de comparer la qualité et le prix de l'offre avec d'autres offres. Or, le medium télématique est particulièrement bien adapté pour assurer une transparence du marché. Dès lors, sur base du but de la directive, il ne semble pas qu'elle soit applicable aux ventes conclues par télématique.

7. L'authentification

La question de l'authentification est de particulière importance en droit continental en raison de la théorie du mandat apparent. Les parties doivent être assurées que les messages reçus ont bien été émis par les personnes qui prétendent en être les auteurs et qu'ils n'ont pas été altérés pendant leur transmission.

L'authentification a deux fonctions:

1) l'identification de l'auteur du message et

2) l'indication de la volonté de l'auteur d'être lié par l'engagement contenu dans le message.

Traditionnellement, ces fonctions étaient assurées par la signature manuscrite. Les nouveaux moyens de communication suscitent la recherche de modes d'authentification appropriés aux nouveaux media. Ces procédés sont notamment le code secret, la reconnaissance à distance de caractère physique (iris, visage, empreintes) et la cryptographie. Ces techniques se fondent sur une comparaison automatique de données fournies par l'utilisateur du système avec des données de référence mémorisées. Bien que la signature puisse être comparée (par un humain), en pratique, il en va rarement ainsi. Les nouveaux procédés semblent donc présenter plus de garanties de sécurité à cet égard. Cependant, ils ne remplissent en tant que tels qu'une des deux fonctions de l'authentification, celle de l'identification. Afin d'assurer la fonction de manifestation de la volonté, ces procédés doivent se doubler d'une procédure *ad hoc*.

7.1. Valeur juridique des techniques modernes d'authentification

7.1.1. Le problème

La question de la valeur juridique des nouveaux procédés d'authentification est double: le premier aspect, non envisagé dans cet article, concerne l'admissibilité de ces procédés comme moyen de preuve.[51]

Le second aspect concerne la crédibilité des nouvelles techniques d'authentification pour les parties au contrat. Il est malaisé pour les parties de prédire quelle serait l'attitude des juges à cet égard vu que la jurisprudence est quasi inexistante. Cependant, des décisions dans des affaires présentant une certaine ressemblance à propos de techniques plus anciennes, sont d'un enseignement précieux.

7.1.2. Les réponses jurisprudentielles

Concernant les *contrats conclus par télex,* les juges français ont pris en considération les pratiques courantes dans le monde des affaires.[52]

L'exemple de l'Italie est intéressant. Le tribunal d'Ascoli-Piceno a considéré que puisque le message télex identifie le téléscripteur qui a produit le texte et que cet appareil est à la disposition exclusive de l'expéditeur, celui-ci est présumé être le titulaire de l'installation. Cependant, d'après le tribunal, cette présomption peut être renversée par exemple au moyen de la facture des P.T.T., laquelle reprend le détail du jour, de l'heure et de la durée des communications par télex. A notre avis, l'authentification par numéro et code n'est pas aussi fiable que l'a cru le tribunal italien. Il est en effet possible pour un tiers d'accéder au terminal télex ou de se connecter lui-même au réseau télex et de se présenter sous le code et le numéro d'un abonné car ces moyens d'identification ne sont pas secrets.

Aux Pays-Bas, la Cour de district d'Arnhem a décidé qu'il était improbable qu'une garantie bancaire envoyée par télex trouvait son origine chez l'expéditeur apparent du télex.[53] Dans cette espèce, une société suisse essaya de bénéficier d'une garantie bancaire prétendument émise par une banque néerlandaise. La banque néerlandaise affirma qu'elle n'avait jamais émis cette garantie bancaire et dénia son obligation de payer, affirmant notamment que la réception du télex ne révélait pas l'identité de l'expéditeur. D'après la banque, n'importe qui peut envoyer un télex et se présenter sous une autre identité. Selon les experts convoqués par le tribunal, le destinataire d'un télex n'a aucune certitude quant à l'identité de l'expéditeur et le télex sans 'clé de contrôle' est dépourvu d'authentification. Le tribunal décida que si le numéro de code manquait dans le télex, la banque suisse, en tant que destinataire, aurait dû contrôler son authenticité au regard de l'expéditeur et que, dans les circonstances de l'espèce, il était improbable que la garantie avait été émise par la banque néerlandaise.

Selon l'avis d'un expert devant une juridiction allemande, l'identification des téléscripteurs émetteur et récepteur sur le message télex ne prouve pas que le message a été envoyé et reçu par les téléscripteurs identifiés. Toutefois, dans ce cas, le tribunal décida que le message avait été envoyé par le téléscripteur identifié sur foi d'un témoignage d'une tierce partie.[54]

Il ressort de cet aperçu de la jurisprudence, que la valeur juridique de l'authentification par télex est très incertaine dans les pays de droit continental. Le crédit accordé par les juges à la technique du téléphone est encore plus faible.

7.2. Message non autorisé

Dans l'hypothèse d'une procédure d'authentification inadéquate, il peut arriver qu'un message soit émis par une personne non autorisée qui apparaît comme le détenteur légitime des moyens d'accès (préposé, 'hacker', ...).
En vertu de la théorie du mandat apparent reçue notamment en droit belge, français et allemand, le détenteur légitime peut se voir tenu par le message envoyé lorsque le récepteur du message pouvait raisonnablement croire qu'il était envoyé par une personne autorisée. Cette théorie se fonde généralement sur le concept de faute. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Paris avait rendu responsable une entreprise qui n'avait pas pris toutes les mesures de sécurité pour éviter qu'un tiers ne pénètre dans ses magasins et utilise un cachet de l'entreprise pour commander certaines marchandises.[55]
Il semble que depuis 1962, du moins en France, la théorie du mandat apparent s'est émancipée du fondement de la faute pour devenir une source autonome d'obligation, la condition de celle-ci étant que la personne qui reçoit le message ait légitimement pu croire que le mandataire apparent était réellement mandataire.[56]

8. Conclusions

1. Hormis les contrats réels et les contrats solennels qui impliquent une formalité non compatible avec les media électroniques, tous les contrats peuvent valablement être conclus par ces moyens.
2. Pour les contrats qui l'exigent, l'obligation précontractuelle de renseignement peut être exécutée sans difficulté par des moyens électroniques. Il n'en va pas ainsi des obligations de mise en garde et de conseil.
3. A la question du rôle joué par les parties dans le processus contractuel (offrant ou acceptant), il ne peut être répondu qu'en prenant en considération l'ensemble des circonstances.
4. Les questions du moment et du lieu de formation du contrat conclu à distance par des moyens électroniques ne présentent aucune difficulté particulière sinon celle — classique — de la preuve.
5. En raison de ses dangers, le 'home shopping' se rapproche davantage de la vente par correspondance que du démarchage à domicile.
6. Les problèmes relatifs à l'authentification sont délicats. Le moyen d'authentification généralement reconnu, c'est-à-dire la signature manuscrite, est évidemment exclu dans un environnement électronique. Il convient de remplacer ce moyen d'authentification par des procédés plus adaptés. Tenant compte des hésitations de la jurisprudence quant à l'acceptation de moyens déjà anciens tel le télex, on peut affirmer que la reconnaissance par les juges des procédés plus récents est encore plus incertaine. Dès lors, afin d'éviter cette incertitude, on recommandera aux personnes qui désirent effectuer des opérations commerciales par des moyens électroniques d'aménager par contrat écrit la validité de la technologie utilisée comme procédé d'authentification. Il est clair que de tels accords ne sont envisageables qu'entre parties qui sont en contact d'affaires régulier. De tels contrats peuvent également être conclus au sein de groupements professionnels.

NOTES

1. Sur le 'home shopping' voyez T. MONIQUET, *Le marketing des services de téléshopping*, Mémoire de la faculté des sciences économiques et sociales, F.U.N.D.P., Namur, 1987; M. VERMEERSCH, *Ménages, services et communications. Analyse de la demande des ménages à l'égard des nouvelles technologies*, Actions nationales de recherche en soutien à FAST, Contrat n° 22, F.U.N.D.P., Namur, 1985; J.A. LEOINGHAM, 'Are the consumers ready for the information age? Consumer predispositions and videotex', *Journal of advertising research*, vol. 24, août-septembre 1984; P.L. GILLETT, 'In home shoppers. An overview', *Journal of marketing*, octobre 1976; N.V. ANOERSEN, L. MATTHIASSEN, S. NIELSEN, *Home banking/Home shopping. Technical trends*, Special report, Institute of informatics and management accounting, Copenhagen School of Economics and Business Administration; pour une étude juridique, voyez *Telebanking, Teleshopping and the Law*, Y. POULLET et G. VANOENBERGHE (éd.), Kluwer, Deventer, à paraître.

2. Au niveau de l'exécution du contrat, les problèmes auxquels on songe sont: (i) ceux concernant la *délivrance* du produit commandé: les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat semblent plus importants dans les services de 'home shopping' en raison du caractère limité du 'dialogue', ce qui suscite des questions au niveau de: a) la délivrance d'un mauvais produit: en pratique, le problème est réduit vu la faculté généralement reconnue par le vendeur au client de retourner la marchandise ne lui donnant pas satisfaction; b) le délai de délivrance: lorsque le délai est prévu contractuellement, le vendeur est responsable des retards éventuels. Si le contrat ne prévoit aucun délai, on se référera utilement aux standards des codes de pratique. Ainsi, le code de la Videotex Industry Association dispose dans son article 3.2. de la section 3 que les marchandises commandées doivent être délivrées dans les 28 jours de la commande. Ce standard est bien plus clair que ceux des associations de maisons de vente par correspondance qui se contentent souvent d'imposer la délivrance dans un délai raisonnable (art. 7.2. du Codice morale professionale della vendita per corrispondenza; n° 33 du code professionnel de la vente par correspondance du syndicat des entreprises de vente par correspondance; article 25 du code de la Chambre de commerce internationale. Voyez aussi les critères dégagés par la jurisprudence (Th. BOURGOIGNIE, *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur*, Recyclage organisé par le Centre des Facultés universitaires catholiques pour le recyclage en droit, 1987, p. 43); c) du stock: dans certains pays, des textes imposent aux commerçants de détenir un stock suffisant afin notamment que la livraison des produits commandés puisse s'opérer dans les délais convenus ou à défaut, dans des délais normaux (article 5 de l'arrêté français 77-105 P du 2 septembre 1971; voyez aussi l'article 34 de la loi belge du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce et l'article 22, 8° du projet de loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur).
(ii) ceux procédant de l'*accès illégitime de tiers:* le risque peut être réduit par des précautions techniques telles que l'octroi d'un code secret et/ou d'une carte. A défaut de ces précautions techniques ou lorsque celles-ci se révèlent être insuffisantes, le titulaire du terminal et/ou des moyens d'accès peut, en vertu de la théorie de l'apparence, se voir tenu pour un contrat auquel il n'a pas consenti. Cette question sera examinée au point 8 dans la mesure où cette question relève autant de l'exécution du contrat que de sa formation;
(iii) ceux liés au *paiement:* couplés à un service de transfert électronique de fonds, les services de vente au consommateur par des moyens électroniques peuvent présenter des dangers pour celui-ci. En France, une certaine pratique tend à prendre des

latitudes avec les règles de prudence les plus élémentaires, consistant pour les commerçants de connivence avec les banques, à accepter (inciter?) les paiements par carte sur la base du seul numéro apparent de la carte bancaire.

3. La conclusion de contrats par des moyens électroniques et particulièrement par voie télématique, présente le risque d'un contrôle social (heures de présence à domicile, habitudes de consommation, etc.). A la différence des traitements d'information qui ont sensibilisé initialement l'opinion vers la fin des années '70, les services de vente par télématique, particulièrement les services de 'home shopping' impliquent comme les transferts électroniques de fonds, la création de données à caractère personnel *a posteriori*, c'est-à-dire de par la consommation du service. L'utilisateur est dans ce cas, lui-même l'agent de création du danger dont il est l'objet. Les données les plus sensibles ne sont évidemment pas celles, techniques, nécessaires à la transmission du message mais bien celles se rapportant au moment et au contenu de l'opération et celles liées à l'identification de l'echeteur. La question de la protection des données à caractère personnel est difficile dans le contexte de la conclusion de contrats par télématique. Il convient en effet d'assurer un équilibre entre les intérêts des différents acteurs intéressés (vendeur, acheteur, juge, administration — surtout fiscale —, serveur, transporteur). Rappelons le principe de finalité consacré par la convention du Conseil de l'Europe dont un bon exemple d'application est fourni par l'article 9(6) du Bildschirmtext-Staatsvertrag qui dispose que le fournisseur de service (ex. société de vente par télématique) ne peut interroger et stocker que les informations nécessaires à la formation ou à l'exécution d'un contrat et ne peuvent être traitées que dans la mesure de son objet (voyez Y. POULLET, 'Privacy', *Telebanking, Teleshopping and the Law*, o.c.).

4. Notamment les problèmes qui pourraient surgir suite à un éventuel mouvement de concentration résultant du développement de la vente par télématique (U. KLEIER, 'Bildschirmtext. Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen', *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 10/83, p. 540); sur la question de la restriction de la concurrence considérée sous un angle régional, voyez aussi la position du Ministre-Président de l'exécutif de la communauté française de Belgique à propos du téléshopping dans la version que l'on connaît en France avec le 'Magazine de l'objet', *Echo de la Bourse*, 19 octobre 1987. Cette position et son inverse en France amènent à s'interroger sur les distorsions vers lesquelles tendra le paysage audio-visuel européen notamment quant aux possibilités de conclure des contrats de consommation par des moyens audio-visuels.

5. On songe (i) au frein au développement du commerce intra-communautaire que semblent constituer des dispositions telles que l'article 2(4) du Bildschirmtext-Staatsvertrag qui impose aux fournisseurs de services ayant leur siège à l'étranger, d'avoir un mandataire Btx sur le territoire de la RFA (J.-P. LACHMANN, 'Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtexts', *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, Heft 8, p. 406); (ii) aux questions liées à la liberté de circulation des marchandises (dans cet ordre d'idée, voyez la question écrite de M. Dieter Rogalla à la Commission des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, n° C62/38 du 11 mars 1985).

6. Voyez U. KLEIER, *o.c.*, p. 538-539.

7. Le caractère instantané de l'échange des consentements commande le lieu de conclusion du contrat en droit néerlandais et anglais. Par analogie avec la jurisprudence sur les contrats conclus par téléphone, il semble qu'en droit néerlandais, en cas de communication instantanée, le contrat soit réputé conclu aux lieux de l'émission et de la réception de l'acceptation (Voyez E.J. ROTSHUIZEN, 'Pays-Bas', in *La formation du contrat*, sous la direction de R. RODIERE, Pedone, Paris, 1976, p. 104). En droit anglais, lorsque la communication est instantanée, c'est la théorie de réception qui s'applique et non la théorie de l'expédition comme dans les autres cas.

8. Cette question revêt un intérêt particulier en droit allemand. D'après le § 147 du BGB, l'offre faite à une personne présente doit être acceptée immédiatement tandis que l'offre faite à une personne absente doit être acceptée dans un délai raisonnable, le caractère raisonnable étant apprécié en fonction des circonstances. La doctrine s'est posée la question de savoir si les communications télématiques dans les services de 'home shopping' peuvent être considérées comme se déroulant entre personnes présentes. La doctrine allemande distingue le cas du vendeur qui dispose de son propre ordinateur de celui où il loue l'ordinateur central de la D.B.P., l'administration allemande des postes. Dans ce second cas (qui pourrait être qualifié de communication off-line), la communication est considérée comme se déroulant entre personnes absentes. Selon la doctrine, la qualification juridique de la première hypothèse est douteuse car, si l'ordinateur du vendeur peut réagir instantanément, il n'est pas certain que l'on puisse affirmer que le dialogue se fasse de personne à personne. La difficulté, si largement débattue en droit pénal de l'existence d'un écran entre l'homme et la machine réapparaît ici dans un contexte différent.

9. Sur cet aspect. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations: le contrat*, L.G.D.J., Paris, 1980, n° 329-354; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J., Paris, 1975.

10. J. GHESTIN, o.c., n° 335.

11. Article 3 du décret du 24 mars 1978 sur le prêt à la consommation qui prescrit que l'acheteur qui sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services doit apposer sur le contrat une demande rédigée de sa main selon une formule précise; l'article 18 de la loi française n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier qui prévoit une hypothèse où l'acquéreur doit rédiger de sa main une mention par laquelle il reconnaît avoir été informé de ses droits; article 2 de la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage à domicile et de vente à domicile qui prévoit que les exemplaires du contrat doivent être signés et datés de la main du client.

12. R.E. VAN ESCH, 'Civielrechterlijke aspecten van Trade Data Exchange', *Computerrecht*, 1987/2, p. 79.

13. Voyez par exemple l'article 7 de la loi française n° 72-22 du 10 janvier 1972 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

14. Ex.: l'article 4 de la loi belge du 14 juillet 1971 impose à tout commerçant ou artisan de délivrer un bon de commande — comprenant certaines mentions — lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée et qu'un acompte est payé par le consommateur; les lois françaises n° 72-22 du 10 janvier 1972 et n° 79-596 du 13 juillet 1979 relatives à certaines opérations de crédit qui imposent au prêteur de remettre à l'emprunteur un document appelé offre préalable comprenant certaines mentions et dont la forme est rigoureusement réglementée; voyez aussi la loi belge du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement qui prescrit notamment que les contrats de vente à tempérament doivent mentionner certaines informations. Dans cette hypothèse toutefois, on peut se demander si l'on peut réellement parler de délivrance d'un écrit par le vendeur du bien ou le fournisseur de service car le concours de l'équipement du co-contractant est nécessaire pour établir l'écrit.

15. H. REDEKER, *Zivilrechtliche Probleme des Bildschirmtexteinsatzes. Eine Auswahl'*, Polycopié, GMD, St-Augustin, novembre 1985.

16. Sur la notion d'écrit, voyez le raisonnement de M. FONTAINE, 'La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles', *Actes du colloque sur la preuve organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'Université Catholique de Louvain*, p. 5 à 10.

17. Dans le même ordre d'idée, ces moyens permettent de reconnaître si, dans le cas de négociations avec une personne morale, la personne avec laquelle on traite est bien habilitée par la personne morale en question. Cette possibilité n'est évidemment

offerte que si la personne qui a le pouvoir de traiter au nom et pour le compte de la personne morale est déjà connue du partenaire.

18. Y. POULLET et X. THUNIS, 'Introduction aux aspects juridiques de la télématique', in *La télématique*, Tome I, Story-Scientia, Gand, 1984, n°59; en droit allemand, voyez H. REOEKER, *'Geschäfts-abwicklung mit externen Rechnern in Bildschirmtextdienst'*, Polycopié, GMD, St-Augustin, 1983.

19. S'agissant des actes accomplis par une personne non habilitée à traiter au nom et pour le compte d'une personne morale, la théorie du mandat apparent pourra jouer (v. *infra* 7).

20. Y. POULLET et X. THUNIS, *o.c.*, p. 155; W. BRINKMANN, 'Vertragrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext', *Betriebs-Berater*, 1981, p. 1186.

21. A. WEILL et F. TERRE, *o.c.*, n° 131.

22. *Idem.*

23. Le caractère inexcusable est à apprécier en fonction des caractéristiques personnelles de l'impétrant (J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, Volume I, Armand Colin, Paris, 1975, n° 204). L'appréciation de l'erreur dans le chef de personnes pour lesquelles la manipulation d'un clavier et la lecture d'un écran sont problématiques devrait être moins sévère.

24. A. WEILL et F. TERRE, *o.c.*, n° 131.

25. Article 24 de la loi belge du 19 juillet 1930, article L 37 du code français des télécommunications qui ne rend l'Etat responsable à raison des services de communication qu'en cas de faute lourde; § 52 de la Fernmeldeordnung qui consacre le principe d'une responsabilité limitée de la Deutsche Bundespost.

26. Dans certains cas, la fraude pourra être poursuivie pénalement: l'article 17 de la loi belge du 13 octobre 1930 punit le fait d'employer un moyen pour surprendre des communications sur une ligne publique de télégraphie ou de téléphonie et l'article 24 réprime les actes volontaires ayant gêné ou empêché la correspondance sur une ligne télégraphique ou téléphonique d'utilité publique; certains agissements pourraient tomber sous le coup du § 263 du code pénal allemand.

27. Les risques de dol sont également envisageables.

28. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *o.c.*, p. 136.

29. Ph. GAUDRAT, *Observations préliminaires sur les questions que soulève la vente télématique*, Document de travail, inédit, 1987.

30. J. GHESTIN, *o.c.*, n° 201; A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 3ème édition, Paris, 1980, n° 133; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome IV, Bruylant, Bruxelles, 1964, n° 844.

31. *Contra* en droit allemand (paragraphe 145 du Bürgerliches Gesetzbuch).

32. A. WEILL et F. TERRE, *o.c.*, n° 137.

33. J. GHESTIN, *o.c.*, n° 201; F. 'T KINT, 'Négociation et conclusion du contrat', in *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 30 à 34.

34. Elle peut être tacite et résulter par exemple, de l'exposition d'objets en vitrine avec mention du prix ou du placement d'un distributeur automatique sur la voie publique.

35. J. GHESTIN, *o.c.*, n° 205.

36. Voyez la note 3 p. 4 point (i) (c).

37. H. REDEKER, (Geschäftsabwicklung...), *o.c.*, p. 2; H. BARTL, Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtexte, *Der Betrieb*, 1982, p. 1100; W. BRINKMANN, 'Bestellvorgang über Bildschirmtext und Abruf von Bildschirmtext-Angeboten unter besonderer Berücksichtigung des AGB-Gesetzes und des Abzahlungsgesetzes', *Das Bildschirmtext-Recht entwickelt sich*, Bildschirmtext-Anbieter-Vereinigung, Berlin, 1985, p. 76; voyez aussi l'article 1 de la section 3 du code de pratique de la Vidéotex Industry Association.

38. Th. BOURGOIGNIE, J. LAFFINEUR et M. GOYENS, *Questions juridiques liées à la télématique grand public*, Rapport S.P.P.S., Actions nationales en soutien à FAST, Centre de droit de la consommation, U.C.L., 1987, p. 129. De plus, lorsque l'offre est adressée au public, la réserve tacite selon laquelle l'offre ne vaut que jusqu'à épuisement du stock est généralement admise (F. 'T KINT, *o.c.*, n° 44).

39. Th. BOURGOIGNIE, J. LAFFINEUR et M. GOYENS, *Idem.*

40. A cet égard, il y a lieu de se référer à la casuistique jurisprudentielle; voyez aussi F. 'T KINT, *o.c.*, n° 76.

41. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Tome III, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 1981, n° 11; Th. BOURGOIGNIE, (Le contrôle...), *o.c.*, p. 16; X. LEUROUIN, *Distribution et promotion: présent et avenir*, Recyclage organisé par le Centre des Facultés universitaires catholiques pour le recyclage en droit, 1987, p. 10; dans un sens plus restrictif, Y. SCHOENTJES-MERCHIERS, 'Propositions, pourparlers et offres de vente', *R.C.J.B.*, 1971, n° 10 qui semble ne pes qualifier d'offre la proposition laissant ouverte la quantité proposée. Selon nous, les critères ne devraient pas être plus restrictifs pour les catalogues que pour l'exposition d'articles en vitrine avec mention du prix. Voyez aussi l'article 7 du code suisse des obligations qui exclut l'hypothèse d'une offre dans ce cas. Voyez enfin l'article 1.1. de la section 3 du code de pratique de la Videotex Industry Association selon lequel la mejorité des propositions du vendeur sont des invitations d'entrer en pourparlers.

42. Les systèmes les plus connus sont ceux de la déclaration, de l'expédition, de la réception et de l'information. Le système de la déclaration, malaisé à mettre en œuvre et celui de l'information, générateur d'un cercle vicieux, sont rarement adoptés par les juges et seuls les codes d'inspiration hispanique — du moins apparemment (voyez par exemple, l'article 1262 du code civil espagnol; voyez aussi J.L. BENAVIDES DEL REY, 'Formacion de los contratos', *Actes du colloque organisé les 3 et 4 mars 1987 par le Centre d'études commerciales de Madrid sur la validité des contrats internationaux négociés par des moyens électroniques*, p. 8) — ont adopté le second système. Généralement, les juges appliquent les règles de l'expédition ou de la réception suivant des critères non clairement identifiés. Les codes allemand (§ 130 du BGB), italien (article 1335 du code civil) et suisse aussi semble-t-il (article 9 du code des obligations), consacrent le système de la réception.

43. T. BOURGOIGNIE, J. LAFFINEUR, M. GOYENS, *o.c.*, p. 140.

44. Y. POULLET et X. THUNIS, *o.c.*, p. 157. En droit allemand, voyez M. HACKERMANN et J. SCHELLER, 'Rechtliche Aspekte bei Bildschirmtext-Angeboten', *Nachr. f. Dokum.*, 35, 1984, n° 1, p. 29; W. BRINKMANN, 'Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext', *Betriebs-Berater*, 1981, p. 1189; H.W. MICKLITZ, 'Verbraucherschutz und Bildschirmtext', *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, Heft 6, p. 267.

45. V. par ex. l'article 62 du projet de loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur selon lequel 'les ventes par correspondance sont celles qui se forment, en dehors de la présence du vendeur, par une adhésion écrite du consommateur à une offre écrite de produits ou de services'.

46. En effet, les contrats réglementés le sont par des dispositions spéciales dérogeant au principe général de la liberté du commerce et de l'industrie consacré par le décret d'Allarde.

47. Voyez par exemple, la loi néerlandaise du 7 septembre 1973 (Wet van 7 september 1973 houdende regelen tot het tegenstaan van misbruiken bij colportage), la loi allemande du 16 janvier 1986 (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften), le code de conduite de la Chambre de commerce internationale sur la vente à domicile, la loi française n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection du consommateur en matière de démarchage et de vente à domicile, l'article 5 de la loi belge du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et

leur financement et la section 10 du projet de loi belge sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

48. Arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam du 16 octobre 1986, Affaire 750/86, American Resorts International Limited v. Consumentenbond, *Revue européenne de droit de la consommation*, 1987/1, pp. 46-47.

49. Directive 85/577/CEE, *J.O.C.E.*, 1985, L 372/31.

50. La formulation de certaines dispositions relatives au démarchage appelle une réponse plus nuancée. Ainsi, la loi française n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance semble vouloir s'appliquer aussi à des techniques de démarchage qui apparemment ne présentent pas le danger d'une pression importante sur le consommateur (ex... lettres ou circulaires). C'est que le législateur veut dans ce cas, ménager une protection contre les dangers — même de peu d'importance — de certaines techniques de démarchage. Aussi ne voit-on aucune raison d'exclure de la protection, les victimes du démarchage par des moyens électroniques. Le critère déterminant étant l'initiative du professionnel, s'agissant du démarchage par télématique, la loi s'appliquera non pas aux services de 'home shopping', qui impliquent une demande du client, mais aux services de courrier électronique, lesquels permettent l'envoi de messages d'offre d'ordre financier à l'initiative du commerçant.

51. Pour une discussion de cet aspect, voyez B. Amory et Y. Poullet, 'Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique. Approche de droit comparé', *Revue internationale de droit comparé*, 1985, p. 331; B. Amory et X. Thunis, 'L'authentification de l'origine et du contenu de transactions sans papier et questions de responsabilité en droit continental', *Colloque CE-LIM*, Bruxelles, 17-18 mars 1986.

52. Voyez N., 'Telex contracts. A comparative study', *International Financial Law Review*, Mai 1982, p. 22 et les décisions y citées.

53. Le cas est relaté par J.J. Van Oorts, *International Business Lawyer*, juin 1986, p. 173.

54. OLG Karlsruhe, 12 juin 1973, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, Heft 36, p. 1011.

55. Paris, 5 décembre 1953, *Dalloz*, 1953, 315.

56. Cass. fr. (ass. plén. civ.), 13 décembre 1962, *Dalloz*, 1963, note J. Calais-Auloy.

La fourniture de logiciels spécifiques relève-t-elle de l'obligation de faire?

J. VIET

L'auteur:
Jacques Viet est expert en informatique agréé par la Cour de cassation et expert en gestion et en diagnostic d'entreprises près la Cour d'appel de Paris.

Résumé:
L'échec d'une opération d'informatisation, plus spécialement de l'écriture de logiciels spécifiques, cause un préjudice considérable au client. Pour remédier à cette situation, une solution simple et efficace mais souvent ignorée existe: l'article 1142 du C.C. Ce dernier permet en effet de demander la substitution de la S.S.C.I. défaillante par une autre S.S.C.I.

Les experts judiciaires en informatique sont fréquemment appelés, dans le cadre de missions judiciaires, à évaluer des dommages importants engendrés par une défaillance prolongée des systèmes informatiques.
En matière de gestion d'entreprises, de tels dommages sont généralement constitués du coût d'une main-d'œuvre de remplacement, de frais financiers consécutifs à des retards de facturation ou de troubles importants résultant du défaut de connaissance des données essentielles telles que le manque de suivi des stocks ou du chiffre d'affaires.
On le voit, ces préjudices sont de diverses natures tout autant qu'est diversifiée la pénétration de l'informatique dans l'entreprise. Il nous apparaît cependant, que dans certains cas, le préjudice aurait pu être très sérieusement endigué grâce au recours à une autre procédure qu'un référé-expertise tardif précédant une action en dommages-intérêts. Nous entendons ici rechercher dans quelle mesure les dispositions du Code Civil relatives à *l'obligation de faire* (article 1142 et suivants) ne trouveraient-elles pas, en cette matière, une application efficace.
Pour cette analyse, il faut d'abord situer le cadre factuel des difficultés techniques rencontrées.
Généralement, le chef de l'entreprise utilisatrice avait fait appel, en son temps, à une société de services afin que celle-ci réalise des logiciels destinés à être mis en œuvre sur son ordinateur. Souvent même la vente de ce matériel est conjointe ou combinée avec celle des logiciels, il s'agit alors, sauf exception, de la vente d'un système informatique 'clé en main'.
Que les logiciels accompagnent ou non la vente des matériels, il faut soit les livrer et les paramétrer s'il s'agit de produits standards (ou progiciels), soit les écrire intégralement s'il s'agit de produits spécifiques. La difficulté que nous évoquons concerne particulièrement ce second cas lorsque la société de services est défaillante dans l'achèvement du logiciel spécifique.